

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 141

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS
und Professor Dr. Michael R. WILL

Professor Dr. Kurt MARKERT, M.C.J.

Direktor beim Bundeskartellamt
Berlin

**NATIONALES KARTELLRECHT
IM
EUROPÄISCHEN BINNENMARKT**

Vortrag vor dem Europa-Institut der
Universität des Saarlandes in Saarbrücken
am 6. Juli 1988

1988 © Europa-Institut der
Universität des Saarlandes

Nicht im Buchhandel erhältlich

Abgabe gegen eine Schutzgebühr
von 10,— DM

I. Die aktuelle Problemlage

Obwohl der europäische Binnenmarkt, an dem hier als Bezugspunkt das nationale Kartellrecht in den einzelnen Mitgliedstaaten ¹⁾ gemessen werden soll, erst mit dem Beginn des Jahres 1993, also erst in viereinhalb Jahren, verwirklicht sein soll, können sich auch nationale Wettbewerbspolitiker und Kartellrechtsanwender dem generellen Zug der Zeit, sich mit den voraussichtlichen Auswirkungen des Binnenmarktes schon jetzt eingehender zu beschäftigen, nicht entziehen. Wem als Deutschem die in diesem Zusammenhang in anderen Mitgliedstaaten, z.B. in Frankreich und Großbritannien, manchmal geradezu mit euphorischer Aufbruchstimmung geführte Diskussion noch nicht bewußt worden sein sollte, stößt spätestens darauf, wenn er - wie mir das jüngst in einer Veranstaltung mit einem ähnlichen Thema wie dem heutigen ging - von ausländischer Seite danach gefragt wird, wann das Bundeskartellamt nach 1992 seine Pforten schließe und ob man sich als Angehöriger dieses Amtes schon Gedanken über eine neue Tätigkeit - möglicherweise bei der EG-Generaldirektion für Wettbewerb in Brüssel - gemacht habe. Wie ernst gemeint solche spitzen Fragen auch sein und wie gelassen die solchermaßen Angesprochenen auf mögliche berufliche Implikationen des europäischen Binnenmarktes auch immer reagieren mögen (für Arbeit in Berlin auch nach 1992 dürfte im übrigen schon die deutsche Bauindustrie mit ihren Absprachen sorgen), Anlaß, aus der Sicht der nationalen Wettbewerbspolitik und des nationalen Kartellrechts die beiden durch die Europäischen Gemeinschaften von Anfang an gestellten Grundprobleme hic et nunc vor dem Hintergrund

1) Mehr oder weniger weitgehende kartellgesetzliche Regelungen gibt es derzeit in allen 12 Mitgliedstaaten außer Italien. Über Inhalt und Anwendung dieser Rechte wird jährlich in den EG-Berichten über die Wettbewerbspolitik berichtet. Vgl. zuletzt: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Siebzehnter Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1988, Erster Teil, Kapitel IV.

des entstehenden Binnenmarktes neu zu durchdenken, besteht zur Genüge. Dabei handelt es sich erstens um die Rechtsfrage, in welchem Verhältnis die in fast allen Mitgliedstaaten bestehenden nationalen Kartellrechte und ihre Anwendung zum Gemeinschaftskartellrecht, d.h. insbesondere den Artikeln 85 und 86 EWGV und den dazu bereits erlassenen oder noch zu erwartenden Ausführungsbestimmungen, stehen, und, zweitens, um die damit eng verknüpfte politische Frage, wie die Wettbewerbsordnung im europäischen Binnenmarkt und die zu ihrer Verwirklichung zu betreibende Wettbewerbspolitik im einzelnen aussehen soll.

Über beide Fragen wird schon seit langem diskutiert. Zur Verhältnisfrage hat Norbert Koch bereits 1959 ²⁾ das Problem in seiner ganzen damaligen Tragweite herausgestellt und auch mit der "Zweischranken-Theorie" einer Lösung zugeführt, die - das zeigen die nur wenige Jahre alten Ausführungen dieses Autors zum gleichen Thema in dem von Grabitz herausgegebenen Kommentar zum EWG-Vertrag ³⁾ - auch nach fast 30 Jahren noch aktuell ist ⁴⁾. Auch die erste Beschäftigung des Europäischen Gerichtshofes mit diesem Problem liegt schon fast 20 Jahre zurück. Im Urteil vom 13. Februar 1969 im Fall "Teerfarben" ⁵⁾ hat der Gerichtshof zwar das auch schon in Art. 87 Abs. 2 e EWGV vorausgesetzte Nebeneinander von nationalem und Gemein-

2) Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWGV zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1959, 241.

3) Koch in: Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, Vorbem. zu Art. 85, Rdnrn. 30 ff.

4) Die äußerst umfangreiche und in den vertretenen Positionen auch sehr breit gefächerte Literatur kann hier nicht dargestellt werden. Vgl. z.B. Schröter in: v.d. Groeben-v. Boeck-Thiesing-Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl. 1983, 2. Vorbem. zu Art. 85 Rdnrn. 38 ff.; Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, 1981, Einl. Rdnrn. 32 ff. Zum neuesten Stand: Emmerich, Kartellrecht 5. Aufl., 1988, S. 481 ff.

5) Slg. 1969, 1 = WuW/E EWG/MUV 201.

schaftskartellrecht grundsätzlich anerkannt, gleichzeitig aber betont, daß die Anwendung nationalen Kartellrechts im Einzelfall "die uneingeschränkte und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und die Wirksamkeit der zu seinem Vollzug ergangenen oder zu treffenden Maßnahmen" nicht beeinträchtigen dürfe. Außerdem hat der Gerichtshof in einem Urteil vom 10. Juli 1980 ⁶⁾ entschieden, daß informelle Negativatteste der EG-Kommission ("comfort letters"), in denen die Kommission im Einzelfall erklärt, keinen Anlaß zum Einschreiten nach Art. 85 Abs. 1 EWGV zu haben, die innerstaatlichen Gerichte nicht daran hindern, kartellrechtliche Verbotsnormen der Mitgliedstaaten - in dem entschiedenen Fall das französische Verbot der Lieferverweigerung ("refus de vente") - auf den gleichen Sachverhalt anzuwenden.

Mit diesen, lediglich den verbotenden Teil des EWG-Kartellrechts betreffenden, also den gesamten Freistellungsbereich des Art. 85 Abs. 3 EWGV einschließlich der Gruppenfreistellungs-Verordnungen aussparenden, Gerichtshofs-Urteilen ist natürlich die gesamte Breite des Problems auch nicht annähernd abschließend gelöst. Daß gerade in dem zweiten Bereich die größten politischen und rechtlichen Lösungsschwierigkeiten liegen, zeigt auch jetzt wieder mit besonderer Deutlichkeit die aktuelle Diskussion über den Vorschlag der EG-Kommission für eine Ratsverordnung zur Einführung einer europäischen Fusionskontrolle auf EWG-Ebene ⁷⁾, mit der die bereits im Montanbereich nach Art. 66 EGV bestehende gemeinschaftsrechtliche Fusionskontrolle auf die übrigen Wirtschaftsbereiche erweitert werden soll.

Um eine Verschärfung des Fusionskontrollrechts und auch anderer Bereiche des Kartellrechts geht es derzeit auch auf nationaler Ebene in der Bundesrepublik Deutschland. Die Bundesregierung

6) Slg. 1980, 2327 = WuW/E EWG/MUV 490.

7) AB1. 1988 C 130/4; WuW 1988, 405.

hat am 29. Juni 1988 auf der Grundlage einer vorausgegangenen Einigung der beiden Koalitionsfraktionen durch Festlegung von "Eckwerten" beschlossen, bis Ende 1989 eine 5. Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) herbeizuführen. Zu dem bei diesem Novellierungsvorhaben in ganz besonderer Weise umstrittenen Für und Wider ⁸⁾ gehört auch die Frage, ob nicht im Hinblick auf das europäische Gemeinschaftskartellrecht vor dem Hintergrund des herannahenden europäischen Binnenmarktes den geplanten Änderungen des GWB Zweckmäßigkeits- oder sogar Rechtsgründe entgegenstehen. Daß es jedenfalls unter dem ersten Aspekt geboten sein kann, bei Gesetzesänderungen im Bereich des einzelstaatlichen Kartellrechts in den Mitgliedstaaten das Hauptziel nicht in dem weiteren Ausbau nationaler Besonderheiten zu sehen, sondern im Gegenteil in einer Annäherung an die Grundsätze des Gemeinschaftskartellrechts, veranschaulicht die französische Kartellrechtsreform von Ende 1986 ⁹⁾ und der vor kurzem in einem "Grünbuch" der britischen Regierung vorgelegte Plan, die dortigen Vorschriften über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen an das Modell des Art. 85 EWGV anzupassen ¹⁰⁾. Allerdings darf bei der Bewertung dieser Beispiele aus deutscher Sicht nicht übersehen werden, daß der generelle Anpassungsbedarf in diesen beiden Ländern aufgrund einer anderen Ausgangssituation - das gilt vor allem für Großbritannien - größer ist als im Falle des deutschen Kartellrechts. Ferner sind auch in der neuen französischen Verordnung vom 1. Dezember 1986 noch zahlreiche nationale Besonderheiten bestehen geblieben, gerade bei der Verhaltenskontrolle im Bereich des Handels,

8) Vgl. dazu meinen Beitrag: Brauchen wir eine Kartellnovelle?, WuW 1988, 181 ff.

9) Vgl. Art. 7 - 10 der französischen VO Nr. 86-1243 vom 1.12.1986, abgedr. in WuW 1988, 38, 40.

10) Department of Trade and Industry, Review of Restrictive Trade Practices Policy, 1988.

die auch in den deutschen Novellierungsüberlegungen im Vordergrund steht ¹¹⁾. Schließlich ist auch sowohl in Frankreich wie auch in Großbritannien die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nach wie vor eigenen, weitgehend von politischem Ermessen bestimmten Regeln unterworfen ¹²⁾. Diese letzte Feststellung ist angesichts der wesentlich anderen Rechtslage in der Bundesrepublik, in der die politische Instanz des Bundesministers für Wirtschaft nur eine selten angewandte Ausnahmekompetenz nach § 24 Abs. 3 GWB hat, für die Aussichten, in der Frage der europäischen Fusionskontrolle den für die Verabschiedung einer Ratsverordnung nach Art. 235 EWGV erforderlichen Konsens aller Mitgliedstaaten zu finden, von erheblichem Gewicht.

Statt nach dieser sehr gerafften Beschreibung der aktuellen Problemlage den hier sicher schon aus Zeitgründen vergeblichen Versuch zu machen, auf alle Fragen eine Antwort zu geben, werden im folgenden die beiden aktuellen Geschehnisse - 5. deutsche Kartellnovelle und EWG-Fusionskontrollverordnung - zum Anlaß genommen, wenigstens einige, besonders wichtig erscheinende Aspekte aus meiner, zugegeben durch meine Tätigkeit im Bundeskartellamt beeinflussten Sicht kurz zu beleuchten. Das Schwergewicht liegt dabei naturgemäß - der politischen und rechtlichen Bedeutung angemessen - bei der Frage der europäischen Fusionskontrolle.

11) Vgl. Art. 28 - 37 der VO Nr. 86 - 1243 (Fn. 9), insbesondere Art. 32 (Verbot des Verkaufs unter Einkaufspreis) und Art. 33 (Transparenzpflicht der Lieferantenseite für Preise, Rabatte, Skonti und Lieferbedingungen).

12) Nach den Art. 38 und 42 der VO Nr. 86 - 1243 liegt es im Ermessen des französischen Wirtschaftsministers, einen Zusammenschluß dem Wettbewerbsrat zur Prüfung vorzulegen und im Falle eines ablehnenden Prüfungsergebnisses mit einer Verfügung zu intervenieren. Gleiches gilt in Großbritannien nach Sec. 64 und 73 des Fair Trading Act (deutscher Text in WuW 1979, 450).

II. Der europarechtliche und -politische Spielraum für
die nationalen Kartellgesetzgeber am Beispiel der
5. GWB-Novelle

Die Frage des den nationalen Kartellgesetzgebern im EWG-rechtlichen Kontext noch verbleibenden Handlungsspielraums soll anhand des Gerichtshofs-Urteils vom 1. Oktober 1987, im Fall "Flämische Reisebüros" ¹³⁾ erörtert werden. Der Gerichtshof hat in diesem Fall eine belgische Verordnung als Verstoß gegen Art. 5 i.V.m. Art. 3 f. und 85 EWGV beurteilt, durch die es belgischen Reisevermittlern verboten worden war, auf die von den Reiseveranstaltern gewährten Provisionen ihren Kunden Nachlässe zu gewähren. In der Urteilsbegründung stützt sich der Gerichtshof bei dieser Beurteilung auf seine, wie er es selbst formuliert, "ständige Rechtsprechung", wonach "die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag zwar das Verhalten von Unternehmen und nicht Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffen, der EWG-Vertrag aber gleichwohl auch für letztere die Verpflichtung begründet, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmungen ausschalten könnten". Ein solcher Fall sei "insbesondere dann gegeben, wenn ein Mitgliedstaat Artikel 85 zuwiderlaufende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt".

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall hat der Gerichtshof diese Voraussetzungen in dreierlei Hinsicht als erfüllt angesehen: erstens dadurch, daß den, auf den Ausschluß von Kundenrabatten abzielenden Vereinbarungen im Rahmen des Berufsverbandes der belgischen Reisebüros eine

13) Rechtssache 311/85.

gesetzliche, nicht mehr allein vom Willen der Vertragsparteien abhängige Verbindlichkeit für die Unternehmen zuerkannt wurde, zweitens durch die Einstufung der Nichtbeachtung auch seitens vertraglich nicht gebundener Außen-seiter als Maßnahme unzulässigen unlauteren Wettbewerbs, und drittens durch die Einräumung der Befugnis in der Verordnung, nicht provisionstreu Reisevermittlern die gewerberechtliche Genehmigung zur Ausübung ihrer Tätigkeit zu entziehen. Bei seiner Beurteilung der Vereinbarungen zwischen Reiseveranstaltern und Reisevermittlern über den Ausschluß von Rabatten auf die von den Veranstaltern den Vermittlern gewährten Provisionen als Verstoß gegen Art. 85 ließ sich der Gerichtshof auch nicht von dem deutschen Kartellrechtlern aus der "Telefunken"-Entscheidung des BGH ¹⁴⁾ bestens bekannten Argument beeindrucken, daß die Festlegung der Provision im Rahmen von Handelsvertreterverträgen und der damit verbundene Ausschluß von Kundenrabatten vom Kartellrecht nicht erfaßt werde. Geht man einmal mit dem Europäischen Gerichtshof davon aus, daß in dem belgischen Fall die Provisionsvereinbarungen zwischen Reiseveranstaltern und -vermittlern unter das Verbot des Art. 85 EWGV fielen, erscheint seine Beurteilung der zur Entscheidung stehenden belgischen Regierungsverordnung als EG-rechtswidrige Maßnahme im Ergebnis konsequent. Denn angesichts des schon im ENEL-Urteil von 1964 ¹⁵⁾ vom Gerichtshof betonten Grundsatzes des Vorranges des Gemeinschaftsrechts in Fällen eines Konflikts mit nationalem Recht oder mit Maßnahmen im Rahmen der Anwendung dieses Rechts können die Mitgliedstaaten das gemeinschaftsrechtliche Verbot des Art. 85 EWGV für Kartelle und Vertikalbeschränkungen, soweit nicht nach

14) WuW/E BGH 2238.

15) Slg. 1964, 1251.

Art. 85 Abs. 3 eine Freistellung von den dafür allein zuständigen Gemeinschaftsorganen erteilt wird, auch nicht dadurch für ihr Hoheitsgebiet außer Kraft setzen, daß sie die Vereinbarungen nach nationalem Recht für verbindlich erklären, Abweichungen als nach diesem Recht verbotene unlautere Wettbewerbsmaßnahme qualifizieren und sonstige staatliche Sanktionen für den Abweichungsfall vorsehen. Die absolute Priorität der Verbote der Art. 85 Abs. 1 und 86 EWGV gegenüber entgegenstehendem nationalem Recht war auch nie ernsthaft umstritten. Auch schon in den ältesten Ausformulierungen der "Zweischranken-Theorie" war anerkannt, daß sich die Schranke der europäischen Verbote stets gegenüber entgegenstehendem nationalem Recht durchsetzt, und zwar unabhängig davon, ob die Mitgliedstaaten nach ihrem eigenen Recht eine gleiche Schranke haben und diese im Einzelfall öffnen oder, wie in dem belgischen Fall, ohne Vorhandensein einer solchen Schranke ihre Unternehmen mit anderen Mitteln zu einem dem EG-Verbot widersprechenden Verhalten zwingen.

Sachverhaltsmäßig hat sich der Gerichtshof in seinem Urteil vom 1. Oktober 1987 nur mit dem ersten der in der Urteilsbegründung genannten drei Sonderfälle eines gemeinschaftsrechtswidrigen Verhaltens von Mitgliedstaaten befaßt, nämlich dem aktiven Vorschreiben von Kartellabsprachen, die nach Art. 85 EWGV verboten sind. Über die Voraussetzungen der beiden anderen Fälle - der Erleichterung oder Verstärkung der Auswirkungen solcher Absprachen - läßt sich deshalb aus diesem Urteil unmittelbar nichts entnehmen. Sicher wird man aber darunter nicht schon die bloße Passivität verstehen können. Die Mitgliedstaaten sind also gemeinschaftsrechtlich nicht verpflichtet, in ihrem eigenen Recht ebenfalls ein Verbot von Kartellabsprachen, soweit diese gegen Art. 85 EWGV verstoßen,

zu erlassen, was im übrigen auch schon deshalb überflüssig wäre, weil bereits Art. 9 Abs. 3 der EWG-VO Nr. 17 zu einem Vorgehen der Mitgliedstaaten gegen solche Absprachen ermächtigt, solange sich die EG-Kommission nicht durch die Einleitung eines Verfahrens zu einem eigenen Eingreifen entschließt. Zulässige Passivität dürfte auch dann noch vorliegen, wenn Mitgliedstaaten wie die Bundesrepublik in ihrem Kartellrecht Kartellabsprachen zwar ebenfalls grundsätzlich verbieten, aber gleichzeitig Ausnahmen von diesem Verbot vorsehen, sei es ex lege oder aufgrund einer Anmeldung oder durch Erlaubniserteilung im Einzelfall, ohne daß die nationalen Ausnahmenvoraussetzungen deckungsgleich mit Art. 85 Abs. 3 EWGV sind. Zu denken ist dabei etwa an die weitgehende Freistellung nach § 103 GWB für die Gebietsschutzverträge in der Strom- und Gasversorgung, deren EG-Relevanz gerade in Grenzgebieten wie im Saarland evident ist. Voraussetzung für die Vereinbarkeit solcher Freistellungen mit dem Gemeinschaftsrecht ist allerdings, daß dabei nicht durch weitere staatliche Förderungsmaßnahmen über das bloße Öffnen der eigenen Schranke hinaus aktiv vorgegangen wird, z.B. durch finanzielle Anreize für den Fall, daß die freigestellte Kooperation von den Unternehmen auch realisiert wird.

Da in der Bundesrepublik die Freistellung von den Verboten der §§ 1 und 15 GWB, einschließlich der Ministererlaubnis nach § 8, immer nur als passives Öffnen der Verbotsschranke verstanden und es voll der Entscheidung der Unternehmenseite überlassen wird, davon Gebrauch zu machen, folgt daraus, daß die Bundesrepublik gemeinschaftsrechtlich nicht verpflichtet ist, die Ausnahmenvorschriften des GWB, soweit sie gemeinschaftsrelevante Sachverhalte betreffen, an das System des Art. 85 EWGV anzupassen. Auch die Rechtsanwendungsinstanzen sind nicht aus Gründen des

Gemeinschaftsrechts zu einer solchen Handhabung der Ausnahmeregelungen des GWB verpflichtet ¹⁶⁾. Würde allerdings ein unter die Ausnahmevorschriften des GWB fallender Kartellvertrag, der gegen Art. 85 EWGV verstößt, zivilrechtlich vor deutschen Gerichten eingeklagt, müßte das Gericht von Amts wegen die Nichtigkeit des Vertrages nach Absatz 2 dieser Vorschrift berücksichtigen.

In der geplanten 5. GWB-Novelle ist bei den Ausnahmenvorschriften einerseits die Einführung einer neuen Freistellungsmöglichkeit für Einkaufskooperationen vorgesehen, und andererseits eine Einschränkung der Reichweite der bisherigen Bereichsausnahmen für Verkehr, Banken und Versicherungen. Ob auch an der Bereichsausnahme für die leitungsgebundene Energiewirtschaft (§ 103 GWB) etwas geändert werden soll, ist noch offen. Gemeinschaftsrechtlich sind die geplanten Änderungen nicht zu beanstanden - auch nicht die neue Vorschrift des § 26 Abs. 4, mit der § 37 a Abs. 3, der die Kartellbehörden zu einem Vorgehen gegen unbillige Behinderungen kleiner und mittlerer Unternehmen ermächtigt, in eine Verbotsnorm mit Zivilrechtsschutz umgewandelt werden soll. Rechtsprobleme mit dem Gemeinschaftsrecht würden sich hier erst dann ergeben, wenn auch die neue Vorschrift, wie ihre Vorgängerin im Falle des "Berliner Gelöbnisses" ¹⁷⁾, dazu benutzt würde, um Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern über eine Beschränkung wettbewerblichen Verhaltens, z.B. von Verkäufen unter Einkaufspreis, zustandezubringen und mit staatlichen Mitteln durchzusetzen. Ebenso wie in dem belgischen

16) So wohl auch Steindorff, Spannungen zwischen deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1986/87, FIW-Schriftenreihe Heft 127, 1988, S. 27, der es als offene Frage bezeichnet, ob die Bundesrepublik durch die Beibehaltung der Ausnahmebereiche gegen Art. 5 EWGV verstößt.

17) Vgl. dazu Monopolkommission, Sondergutachten 14, Die Konzentration im Lebensmittelhandel, 1985, Tz. 191-197.

"Reisebüro"-Fall die nach nationalem Recht erfolgte Erklärung zum verbotenen unlauteren Wettbewerb das Verbot des Art. 85 EWGV nicht aufheben konnte, könnte auch die Erklärung zur kartellrechtswidrigen unbilligen Behinderung nach GWB an diesem Verbot nicht vorbeiführen, soweit dessen Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen.

Eine andere Frage ist, ob nicht Zweckmäßigkeitsgründe im Rahmen der geplanten GWB-Novelle eine stärkere Anpassung der Vorschriften des deutschen Rechts über Kartell- und Vertikalabsprachen an das System des Art. 85 EWGV gebieten. In dem "Eckwerte"-Beschluß der Bundesregierung vom 29. Juni 1988 heißt es dazu, eine Notwendigkeit, das Kartellgesetz jetzt grundlegend zu überarbeiten, gebe es nicht. Der richtige Zeitpunkt dafür werde erst gegeben sein, "wenn sich die endgültige Ausformung des europäischen Wettbewerbsrechts, das sich mit der Vollendung des Binnenmarktes nunmehr immer rascher entfaltet, deutlicher abzeichnet". Diese Betrachtungsweise greift, wie auch die Beispiele Frankreichs und Großbritanniens zeigen, offensichtlich zu kurz, zumal nach den bisherigen Erfahrungen die nächste GWB-Novelle frühestens in der übernächsten Legislaturperiode, also erst lange nach 1993, erwartet werden kann. Jedenfalls unter europapolitischem Aspekt ist die Novelle deshalb problematisch.

III. Europäische und nationale Fusionskontrolle

Im Gemeinschaftsrecht gibt es ausdrückliche Vorschriften über eine wettbewerbliche Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nur in Art. 66 EGKSV. Danach sind Zusammenschlüsse im Bereich Kohle und Stahl mit einer im Verordnungswege geregelten Mindestgröße ¹⁸⁾ einer vorherigen Genehmigung durch die Hohe Behörde (jetzt EG-Kommission) unterworfen. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Kommission

18) Entscheidungen (EGKS) Nr. 25/54, 25/67 und 2495/78, zusammengefaßt in ABl. 1978 C 255/2.

feststellt, daß der Zusammenschluß den Unternehmen nicht "die Möglichkeit gibt, hinsichtlich der ihrer Zuständigkeit unterstehenden Erzeugnisse auf einem bedeutenden Teil des Marktes dieser Erzeugnisse die Preise zu bestimmen, die Produktion oder die Verteilung zu kontrollieren oder zu beschränken oder einen wirklichen Wettbewerb zu verhindern". Eine Ausnahmemöglichkeit bei Vorliegen dieser nachteiligen Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlusses, wie sie im Rahmen des Kartellverbots des Art. 65 EGKSV für Spezialisierungskartelle sowie Ein- und Verkaufskooperationen vorgesehen ist, besteht nicht.

Auch das Verhältnis zu den nationalen Fusionskontrollrechten in den Mitgliedstaaten ist klar geregelt, wie sich z.B. aus § 101 Nr. 3 GWB ergibt, wonach dieses Gesetz keine Anwendung findet, soweit der EGKSV besondere Vorschriften enthält. Auf die von Art. 66 EGKSV erfaßten Zusammenschlüsse ist also, soweit die Anwendung des Gemeinschaftsrechts reicht, deutsches Fusionskontrollrecht insgesamt nicht anwendbar. Die nicht unter das Montanrecht fallenden Tätigkeitsbereiche der Unternehmen bleiben dagegen dem GWB unterstellt. Wie der Bundesgerichtshof im Falle GKN/Sachs entschieden hat, schließt eine für den Stahlbereich nach Art. 66 erteilte Genehmigung der EG-Kommission die Untersagung nach deutschem Fusionskontrollrecht nicht aus, wenn die Untersagungs Voraussetzungen dieses Rechts auf anderen als Montanmärkten erfüllt sind ¹⁹⁾. Konflikte zwischen beiden Rechten könnten sich hier allenfalls bei der Einordnung einzelner Stahlerzeugnisse in die Liste der unter den EGKS-Vertrag fallenden Produkte ergeben. Sie sind in der Praxis jedoch bisher noch nicht vorgekommen.

19) WuW/E BGH 1501, 1502.

Im Gegensatz zum EGKSV schweigen sich die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages zum Thema Unternehmenszusammenschlüsse gänzlich aus, was angesichts des im Zeitpunkt des Entstehens dieses Vertrages bereits existenten Systems der Art. 65 und 66 EGKSV eigentlich nur als beredtes Schweigen gedeutet werden kann. Trotzdem hat der Europäische Gerichtshof auch hier rechtsschöpferisch gewirkt und in zwei Entscheidungen den Art. 85 und 86 EWGV eine begrenzte Anwendbarkeit auf Unternehmenszusammenschlüsse zuerkannt. Zunächst hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 21. Februar 1973 im Fall "Continental Can" ²⁰⁾ entschieden, daß ein Zusammenschluß gegen das Verbot des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung in Art. 86 EWGV verstoßen könne, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen durch einen Zusammenschluß seine Stellung "dergestalt verstärkt, daß der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, daß also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen". Untersagungsentscheidungen der EG-Kommission oder von Zivilgerichten nach dieser "Doktrin" sind allerdings bisher noch nicht ergangen, so daß sich auch die Verhältnisfrage zum nationalen Fusionskontrollrecht hier bisher nicht gestellt hat. Da Art. 86, anders als Art. 85, keine Freistellungen vorsieht, würde die Anwendbarkeit nationalen Fusionskontrollrechts auf den gleichen Fall nach den Grundsätzen des "Teerfarben"-Urteils des Gerichtshofs durch Verbotsentscheidungen nach Art. 86 EWGV auch in keiner Weise tangiert. Diese würden sich gegen etwaige nationale Freigabeentscheidungen durchsetzen.

Inzwischen hat der Gerichtshof in einem Urteil der 6. Kammer vom 17. November 1987 im Fall "Philip Morris/Rothmans" ²¹⁾

20) Slg. 1973, 215 = WuW/E EWG/MUV 296.

21) Rechtssachen 142 und 156/84.

entschieden, daß Zusammenschlüsse in der Form des Beteiligungserwerbs auch unter Art. 85 fallen können. Zwar stelle der Erwerb einer Beteiligung an einem Wettbewerber für sich allein noch keine Wettbewerbsbeschränkung dar, könne aber als Instrument für die Beeinflussung der Geschäftspolitik des anderen Unternehmens dienen. Letzteres sei insbesondere der Fall, wenn ein Unternehmen durch den Erwerb oder begleitende Vereinbarungen rechtlich oder de facto die Kontrolle über das Geschäftsgebaren ("commercial conduct") des anderen Unternehmens erlange. Die Reichweite dieses Ansatzes wird in den bisherigen Kommentierungen des Gerichtshofs-Urteils sehr unterschiedlich interpretiert ²²⁾. Einige Kommentatoren sehen davon nicht nur Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Grenze der Begründung eines faktischen Konzerns erfaßt, sondern auch alle Mehrheitsbeteiligungen an Wettbewerbern ²³⁾, Schödermeier ²⁴⁾ sogar den Erwerb von Aktien über die Börse.

Bedeutung im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen hat Art. 85 EWGV schon seit längerem in Fällen der Gründung von oder des Beitritts zu Gemeinschaftsunternehmen. Die EG-Kommission beurteilt im Bereich des EWG-Rechts die zugrundeliegenden Unternehmensvereinbarungen, anders als im Rahmen des EGKSV, wo sie nur als Teil eines Zusammenschlusses nach Art. 66 gelten ²⁵⁾, als Kartellfälle nach Art. 85 EWGV ²⁶⁾. Hätte sich der Gerichtshof im Fall

22) Vgl. z.B. Riesenkampff, WuW 1988, 465 ff. m.w.N.

23) So wohl Satzky, DB 1988, 379 ff.

24) WuW 1988, 185, 190 f.

25) Näheres dazu bei Iliopoulos, Gemeinschaftsunternehmen im EGKS- und EWG-Kartellrecht, 1986, S. 29 ff.

26) Vgl. Schröter, Gemeinschaftsunternehmen im EWG-Kartellrecht, in: Gemeinschaftsunternehmen Deutsches und EG-Kartellrecht, FIW-Schriftenreihe Heft 122, 1986, S. 67 ff. Anwendungsbeispiele aus neuester Zeit: Entscheidungen der EG-Kommission vom 22.12.1987, ABl. 1988 L 50/18 (Enichem/ICI), und vom 5.5.1988, ABl. 1988 L 150/35 (Bayer/BP Chemicals).

"Morris/Rothmans", was der Sachverhalt nahelegte, darauf beschränkt, die Beteiligung von Morris an einer Tochtergesellschaft des Rothmans-Konzerns als Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zu werten, wäre die ganze Aufregung über die Tragweite seines Urteils wohl gar nicht erst aufgekomen. Aber die fünf Richter der 6. Kammer des Gerichtshofs wollten wohl angesichts der zögerlichen Haltung der Mitgliedstaaten gegenüber der Einführung einer europäischen Fusionskontrollverordnung - der erste Vorschlag dazu war von der Kommission bereits 1973 gemacht worden ²⁷⁾ ein weiteres Zeichen setzen, haben dabei jedoch offensichtlich die Folgen einer weitgehenden Unterstellung von Unternehmenszusammenschlüssen unter Art. 85, was auch von der Kommission selbst im Konzentrations-Memorandum von 1966 ²⁸⁾ dezidiert abgelehnt worden war, nicht hinreichend durchdacht ²⁹⁾.

Die Anwendung des Art. 85 EWGV auf Zusammenschlußstatbestände im Sinne der nationalen Fusionskontrollrechte der Mitgliedstaaten, wie weitreichend sie auch immer im einzelnen sein mag, gibt der Frage des Verhältnisses zu diesen Rechten im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtliche Freistellungsmöglichkeit des Art. 85 Abs. 3 EWGV eine neue, in der

27) ABl. 1973 C 92/1, abgedr. auch in Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum GWB, 6. Aufl. 1982, S. 1616 ff.

28) Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt, Dokument SEK(65)3500 v. 1.12.1965, auszugsweise abgedr. in: Gemeinschaftsunternehmen Deutsches und EG-Kartellrecht (Fn. 26), S. 93 ff.

29) Daß inzwischen eine größere Anzahl Länder in ihren Kartellrechten eigene Vorschriften für Unternehmenszusammenschlüsse eingeführt haben und wohl in keinem Rechtssystem mit einem Kartellverbot mit Genehmigungsverbehalt dieses Verbot auf Zusammenschlüsse angewendet wird, deutet auf einen breiten Konsens in der Welt hin, daß die Kartellkontrolle der Natur der Sache nach auf Zusammenschlüsse nicht paßt.

Gerichtshofsrechtsprechung bisher nicht behandelte Dimension. Der Gerichtshof hat in der "Teerfarben"-Entscheidung von 1969 über den Verbotscharakter des Art. 85 Abs. 1 EWGV hinaus lediglich beiläufig bemerkt, daß der EWG-Vertrag neben Maßnahmen im Rahmen des Art. 85 den Gemeinschaftsbehörden auch "gewisse positive, obgleich mittelbare Eingriffe zur Förderung einer harmonischen Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft im Sinne des Art. 2" gestatte³⁰⁾. Aus dieser Aussage und dem Gesamtzusammenhang der Entscheidungsgründe wird heute in der Literatur verbreitet gefolgert, daß auch schon die Freistellungsentscheidungen der EG-Kommission nach Art. 85 Abs. 3 solche "positiven" Akte der Gemeinschaft seien und im Falle eines Konflikts mit nationalem Recht diesem gegenüber Priorität hätten³¹⁾. Ob dies allerdings pauschal für alle Freistellungen, einschließlich der Gruppenfreistellungen, gelten soll, ist stark umstritten³²⁾. Nur in einer der bisher ergangenen Freistellungsverordnungen - der VO Nr. 123/85 für den Kraftfahrzeugvertrieb³³⁾ - wird zur Verhältnisfrage etwas gesagt. Im Erwägungsgrund 29 dieser Verordnung heißt es dazu, daß diese "Gesetzen und Verwaltungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten nicht entgegensteht, mit denen diese im Hinblick auf besondere Verhältnisse einzelne wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen einer nach dieser Verordnung freigestellten Vereinbarung verbieten oder ihnen Rechtsschutz versagen". Allerdings wird in diesem Zusammenhang auch betont, daß dadurch der Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigt werden darf.

30) WuW/E EWG/MUV 201, 204.

31) Vgl. dazu Bunte/Sauter, EG-Gruppenfreistellungsverordnungen, 1988, S. 194 ff.; Satzky, (Fn. 23), S. 384, Fn. 84.

32) Vgl. dazu Bunte/Sauter, (Fn. 31), S. 197; Lieberknecht, Das Verhältnis der EWG-Gruppenfreistellungsverordnungen zum deutschen Kartellrecht, in Festschrift für G. Pfeiffer, 1988, 589 ff.

33) ABl. 1985 L 15/16.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund leuchtet ein, daß der Kommissionsentwurf für eine europäische Fusionskontrolle gerade auch im Hinblick auf das Verhältnis einer solchen Kontrolle zu den nationalen Fusionskontrollsystemen in den Mitgliedstaaten - außer der Bundesrepublik sind davon auch Frankreich, Großbritannien, Irland und in Ansätzen auch Spanien betroffen -, besonders schwierige Probleme stellt. Der Entwurf sieht vor, die in Art. 3 näher definierten Zusammenschlüsse, soweit sie eine durch Umsatzen-schwellen ausgedrückte gemeinschaftsweite Bedeutung haben, einer zwingend präventiven Kontrolle zu unterwerfen. Führen solche Zusammenschlüsse zur Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil dieses Marktes, sollen sie mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sein und von der EG-Kommission untersagt werden können, soweit nicht die Kommission eine Genehmigung nach Art. 2 Abs. 4 erteilt. Die Genehmigungsvoraussetzungen sind in Art. 2 Abs. 4 definiert. Die Vorschrift lautet: "Die Kommission genehmigt Zusammenschlüsse als vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt, wenn sie zur Verwirklichung der allgemeinen Vertragsziele, insbesondere zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts oder zur Verbesserung der Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt unter angemessener Berücksichtigung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen sowie der Interessen der Verbraucher beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen

- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Durchführung des Zusammenschlusses nicht erforderlich sind; oder
- b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren oder Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten".

Läßt man den "insbesondere"-Fall sowie die auf Zusammenschlüsse nicht passende Erforderlichkeitsbeschränkung

einmal beiseite, so soll als Genehmigungsvoraussetzung bereits ausreichen, daß der Zusammenschluß zur Verwirklichung der allgemeinen Vertragsziele irgendwie beiträgt und nicht durch Ausschaltung des Wettbewerbs zu einer Monopolstellung führt. Die ordnungspolitische Problematik einer derart weitgehenden, praktisch kaum begrenzten Ermächtigung liegt auf der Hand. Sie wird noch dadurch weiter verschärft, daß nach Art. 19 Abs. 3 die Genehmigung als erteilt gilt, wenn die Kommission innerhalb von vier Monaten seit der Einleitung des Verfahrens, was nach Art. 6 Abs. 3 innerhalb von zwei Monaten seit der Vollständigkeit der Anmeldung erfolgt sein muß, keine die Ausnahmegründe im einzelnen offenlegende Entscheidung getroffen hat, also zu diesen Gründen - vielleicht sogar bewußt - lediglich schweigt.

In den Erwägungsgründen des Verordnungsentwurfs wird zur Frage der Anwendbarkeit der nationalen Fusionskontrollrechte der Mitgliedstaaten auf die unter die EG-Verordnung fallenden Zusammenschlüsse nur im Zusammenhang mit der Beteiligung der Mitgliedstaaten am EG-Verfahren von dem Ziel der "Vermeidung von Doppelkontrollen" gesprochen. Es ist aber kein Geheimnis, daß der Entwurf von der EG-Kommission unter der Prämisse konzipiert ist, daß, gestützt auf die Theorie des Priorität beanspruchenden "positiven" Akts, alle genehmigten Zusammenschlüsse, einschließlich der nach Art. 19 Abs. 3 lediglich fiktiv genehmigten Fälle, dem Anwendungsbereich der nationalen Fusionskontrollrechte entzogen sein sollen ³⁴⁾. Die Zielvorstellung der Wirtschaft geht sogar noch weit darüber hinaus. Wie sich aus den vorliegenden Stellungnahmen ihres europäischen Unternehmensdachverbandes UNICE ³⁵⁾ und des Wirtschafts- und Sozialausschusses der EG ³⁶⁾ ergibt, sollen nicht nur alle unter die

34) In dem Vorentwurf war sogar vorgesehen, daß auch schon die Nichteinleitung eines Kommissionsverfahrens innerhalb von zwei Monaten nach Vollständigkeit der Anmeldung als Genehmigung gelten soll.

35) Presseinformation der UNICE vom 4.5.1988.

36) Vgl. darüber "Die Industrie fordert eine Fusionskontrolle in Europa", Handelsblatt vom 16.6.1988.

Aufgreifkriterien der EG-Verordnung fallenden Zusammenschlüsse ausschließlich nach EG-Recht kontrollierbar sein, sondern auch die nationalen Rechte zur Vermeidung von "Diskriminierungen" so geändert werden, daß die nicht unter die EG-Verordnung fallenden "nationalen" Zusammenschlüsse von den Mitgliedstaaten nach deren eigenem Recht nicht schärfer kontrolliert werden können.

Auf Ratsebene ist bisher weder über alle diese Fragen, noch über andere zentrale Punkte des Kommissionsentwurfs der für eine Verordnung nach Art. 235 EWGV erforderliche Konsenz erzielt worden. Der Binnenmarktrat, der sich am 22.6.1988 erstmals mit dem Entwurf befaßte, hat in einer Presseverlautbarung zur Verhältnisfrage lediglich erklärt, er stimme darin überein, "daß soweit wie möglich Entscheidungen der europäischen Behörden über Zusammenschlüsse Vorrang vor nationalen Entscheidungen haben sollen". Gleichzeitig wurde die zuständige Arbeitsgruppe des Rates beauftragt, "aufzuzeigen, wie begründete einzelstaatliche Interessen zu wahren sind".

Zweifellos gehört zu einem europäischen Binnenmarkt auch ein modernes, d.h. eine effektive Fusionskontrolle einschließendes, europäisches Kartellrecht. Es kann deshalb aus deutscher Sicht weder darum gehen, die dafür erforderlichen Gesetzgebungsakte der Gemeinschaft prinzipiell zu verweigern, noch als Voraussetzung für die Zustimmung dazu die volle Übernahme der in den §§ 23 ff. GWB niedergelegten Maßstäbe in eine europäische Fusionskontrollregelung zu verlangen. Die erforderliche Kompromißbereitschaft auf deutscher Seite muß aber sowohl an dem seit Bestehen der Bundesrepublik gewachsenen marktwirtschaftlichen Grundkonsenz als auch an der im EWG-Vertrag, insbesondere in Art. 3 f., enthaltenen Verpflichtung der Gemeinschaft auf eine Wettbewerbsordnung ihre Grenzen finden.

Deshalb sollte dem Verordnungsentwurf von deutscher Seite in jedem Falle nur unter drei Voraussetzungen zugestimmt werden, nämlich daß

1. es bei dem derzeit vorgeschlagenen Eingreißkriterium des Entstehens oder Verstärkens einer beherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben bleibt,
2. die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme-genehmigung auf besonders gewichtige, die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung deutlich überwiegende Gründe begrenzt werden, und
3. in Übereinstimmung mit der vorherrschenden Rechtsauf-fassung zu Art. 85 Abs. 3 EWGV ein Vorrang gegenüber nationalem Fusionskontrollrecht allenfalls für förmlich begründete und gerichtlich anfechtbare Genehmigungs-entscheidungen eingeräumt wird.

Problematisch am derzeitigen Entwurfstext ist insbesondere die fast grenzenlose Genehmigungskompetenz der EG-Kommission nach Art. 2 Abs. 4, an der auch die in Art. 18 vorgesehenen besonderen Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten im Ergebnis nichts ändern. Aus diesem "Ermächtigungsgesetz" könnte sich leicht ein breites Einfallstor für einen mit Art. 3 f. EWGV schwer zu vereinbarenden industriepolitischen Dirigismus entwickeln. Die Bereitschaft in den Mitgliedstaaten mit eigenen Fusionskontrollsystemen, darauf im Interesse der von der EG-Kommission angestrebten "Vermeidung von doppelten Verfahren" in einem sehr weitgehenden Maße zugunsten einer in Brüssel zentralisierten europäischen Fusionskontrolle zu verzichten, würde sicher gefördert, wenn bei der Einführung einer solchen Kontrolle schrittweise vorgegangen würde und die Kommission im Rahmen eines zunächst auf die wenigen "echten" europäischen Großfälle begrenzten Konzepts erst einmal Gelegen-

heit erhält, darzutun, wie sie die Maßstäbe des Art. 2 des Entwurfs handhabt und auch mit den praktischen Schwierigkeiten einer ordnungsgemäßen Fallabwicklung angesichts der kurzen Prüfungsfristen fertig wird. Derzeit ist jedenfalls aus der Sicht der deutschen Fusionskontrolle für eine Ausverkaufsstimmung in Richtung Europa ebensowenig Anlaß wie in der Währungsfrage.